

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 198**

**Der Grundsatz der  
Selbstentscheidung bei Errichtung  
letztwilliger Verfügungen –  
eine gesetzgeberische  
Unentschlossenheit?**

**Von**

**Franz Wagner**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**FRANZ WAGNER**

**Der Grundsatz der Selbstentscheidung  
bei Errichtung letztwilliger Verfügungen –  
eine gesetzgeberische Unentschlossenheit?**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 198**

**Der Grundsatz der  
Selbstentscheidung bei Errichtung  
letztwilliger Verfügungen –  
eine gesetzgeberische  
Unentschlossenheit?**

Von

**Franz Wagner**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Wagner, Franz:**

Der Grundsatz der Selbstentscheidung bei Errichtung letztwilliger  
Verfügungen – eine gesetzgeberische Unentschlossenheit? /  
von Franz Wagner. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997  
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 198)  
Zugl.: Passau, Univ., Diss., 1995/96  
ISBN 3-428-08810-7

Alle Rechte vorbehalten  
© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 3-428-08810-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Passau im Wintersemester 1995/1996 als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Herbst 1995 abgeschlossen.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich an dieser Stelle den Herren Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak und Prof. Dr. Michael Kobler. Herr Prof. Dr. Musielak hat die Arbeit betreut und mir manch wertvollen Hinweis gegeben. Er war auch im übrigen stets ein für alle Fragen offener Gesprächspartner. Herr Prof. Dr. Kobler hat das Zweitgutachten gefertigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich all denen, die mich während der Erstellung der Arbeit unterstützt haben.

München, im September 1996

*Franz Wagner*





# Inhaltsübersicht

## Teil 1

### **Einführung in die Problematik** 17

- A. Der Grundsatz der Selbstentscheidung bei Errichtung letztwilliger Verfügungen im Überblick ..... 17
- B. Grundprobleme und praktische Konsequenzen einer dem Anschein nach gesetzgeberischen Unentschlossenheit ..... 19
- C. Konkretisierung der Fragestellung und Gang der Arbeit ..... 25

## Teil 2

### *Kapitel 1* **Der gesetzliche Ausgangspunkt – Funktionen des Grundsatzes der Selbstentscheidung** ..... 28

- A. Die Fragwürdigkeit des gesetzlichen Bekenntnisses zur Eigenverantwortlichkeit ..... 28
- B. Die Identität der Regelungsziele von § 2064 und § 2065 BGB ..... 29
- C. Die Funktionen des Grundsatzes der Selbstentscheidung im Spiegel der Literatur ..... 31

### *Kapitel 2* **Der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung im ganzen – Gründe für das Zusammenspiel von Grundsatz und Ausnahmeregelungen** ..... 49

- A. Die Ausnahmenvorschriften zu § 2065 BGB ..... 49
- B. Erster Versuch einer Charakterisierung der gesetzlichen Regelung ..... 56

## Teil 3

### *Kapitel 1* **Bestimmungen Dritter über Erbeinsetzungen oder Vermächtniszuwendungen und die Problematik von Umdeutungen** ... 60

- A. Das Grundmodell – Bestimmungen Dritter über die Person des Erben oder den Gegenstand einer Erbeinsetzung ..... 60
- B. Verwandte Konstellationen ..... 87

C.	Die Drittbestimmung bei Vermächtnissen und die Problematik von Umdeutungen.....	91
D.	Gesamtergebnis.....	100
<b>Kapitel 2</b>	<b>Die These der Unanwendbarkeit des § 2065 BGB auf die Regelung der Nacherbfolge durch den Vorerben.....</b>	<b>101</b>
A.	Der Ausgangspunkt – die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die ihr folgende Literatur .....	102
B.	Die Koppelung der Nacherbschaft an die letztwillige Verfügung des Vorerben über dessen eigenes Vermögen.....	133
C.	Das Grundproblem – Die Reichweite des Grundsatzes der Selbstentscheidung bei Erbeinsetzung für spätere Generationen.....	141
D.	Gesamtergebnis zur Vereinbarkeit disponibler Nacherbschaften mit § 2065 BGB.....	148
E.	Gestaltungshinweise für die Praxis.....	151
F.	Zur Umdeutung unwirksamer Anordnungen .....	153
<b>Teil 4</b>		
<b>Schlußbetrachtung</b>		<b>155</b>
A.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts – der Versuch einer Begrenzung des § 2065 BGB nach formalen Kriterien .....	155
B.	Das Gegenmodell in der Literatur – § 2065 BGB als Gebot zu "zumutbaren" eigenen Entscheidungen .....	157
C.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.....	158
D.	Der eigene Standpunkt .....	159
<b>Literaturverzeichnis.....</b>		<b>161</b>
<b>Anhang: Die einschlägigen Regelungen des ersten und des zweiten Entwurfes..</b>		<b>168</b>
<b>Sachwortverzeichnis.....</b>		<b>174</b>

# Inhaltsverzeichnis

## Teil 1

<b>Einführung in die Problematik</b>	17
A. Der Grundsatz der Selbstentscheidung bei Errichtung letztwilliger Verfügungen im Überblick.....	17
B. Grundprobleme und praktische Konsequenzen einer dem Anschein nach gesetzgeberischen Unentschlossenheit.....	19
I. Wortlautinterpretation oder wechselseitige Angleichung.....	19
1. Die Rittergutsentscheidung.....	20
2. Der Nichtenfall .....	22
3. Reichweite und Grenzen von gesetzlich zulässigen Drittbestimmungen....	23
II. Die Problematik der Umdeutung .....	24
C. Konkretisierung der Fragestellung und Gang der Arbeit .....	25

## Teil 2

### *Kapitel 1*

<b>Der gesetzliche Ausgangspunkt – Funktionen des Grundsatzes der Selbstentscheidung</b>	28
A. Die Fragwürdigkeit des gesetzlichen Bekenntnisses zur Eigenverantwortlichkeit.	28
B. Die Identität der Regelungsziele von § 2064 und § 2065 BGB.....	29
C. Die Funktionen des Grundsatzes der Selbstentscheidung im Spiegel der Literatur.....	31
I. Die Mißbilligung der Drittbestimmung als Instrument zur Vermeidung unklarer Situationen.....	32
II. Der Schutz der gesetzlichen Erbfolge .....	33
1. Leipolds Interpretation des § 2065 BGB als Schutzvorschrift zugunsten der Intestaterbfolge.....	33
2. Stellungnahme .....	34

III. Die Höchstpersönlichkeit als gesellschaftspolitisches Anliegen .....	36
1. Die Argumentation Großfelds.....	36
2. Stellungnahme .....	37
IV. Das Bekenntnis zur Eigenverantwortlichkeit als konsequente Fortführung allgemein geltender Beschränkungen im Vertretungsrecht .....	41
1. Die zweite These Großfelds.....	41
2. Die Kritik von Sens.....	42
3. Stellungnahme .....	42
V. Die friedensstiftende Funktion des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit.....	43
1. Die These von der ausschließlichen Autorität des Erblassers .....	43
2. Begründungen.....	44
3. Eigene Ansicht.....	45
VI. Zusammenfassung.....	48

## *Kapitel 2*

<b>Der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung im ganzen – Gründe für das Zusammenspiel von Grundsatz und Ausnahmeregelungen</b>	49
A. Die Ausnahmevorschriften zu § 2065 BGB .....	49
I. Die Regelungen für Vermächtnisse.....	50
1. Drittbestimmungen über die Person des Vermächtnisnehmers .....	50
2. Drittbestimmung über den Gegenstand des Vermächtnisses.....	51
3. Die fortdauernde Geltung der §§ 2064, 2065 Abs. 1 BGB.....	53
II. Die Drittbestimmung bei den sonstigen letztwilligen Verfügungen .....	53
1. Drittbestimmungen bei Auflagen.....	53
2. Drittbestimmungen bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung und bei Teilungsanordnungen.....	54
III. Analyse der gesetzlich gestatteten Einschaltung Dritter .....	55
B. Erster Versuch einer Charakterisierung der gesetzlichen Regelung .....	56
I. Die bisherigen Erläuterungsversuche in Rechtsprechung und Literatur .....	56
II. Stellungnahme .....	57
1. Kritik an den bisherigen Begründungen.....	57
2. Eigene Ansicht.....	58

## Teil 3

## Kapitel 1

**Bestimmungen Dritter über Erbeinsetzungen oder  
Vermächtniszuwendungen und die Problematik  
von Umdeutungen**

60

A. Das Grundmodell – Bestimmungen Dritter über die Person des Erben oder den Gegenstand einer Erbeinsetzung.....	60
I. Fallgruppen.....	60
1. Die Bestimmung über den Zeitpunkt der Erbenberufung.....	61
2. Die testamentarische Anordnung von Schiedsgerichten oder Schiedsgutachten.....	63
II. Die diesbezügliche Deutung des § 2065 BGB in Rechtsprechung und Literatur.....	66
1. Die Ansicht des Reichsgerichts.....	67
2. Literaturansichten .....	69
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.....	71
III. Kritik an den verschiedenen Lösungsvorschlägen und eigene Ansicht .....	73
1. Billiges und freies Ermessen .....	75
2. Zur Ansicht des Reichsgerichtes.....	75
3. Die innere Schlüssigkeit der Ansicht des Bundesgerichtshofes.....	77
4. Das Grundproblem – Die sachliche Berechtigung einer eingeschränkten Deutung des § 2065 BGB.....	80
5. Zusammenfassung.....	86
B. Verwandte Konstellationen .....	87
I. Unbestimmte letztwillige Verfügungen.....	87
1. Erscheinungsformen.....	87
2. Die Behandlung derartiger Fälle in Rechtsprechung und Literatur .....	88
3. Eigene Ansicht.....	89
II. Erbenbestimmungen durch Losentscheid .....	90
C. Die Drittbestimmung bei Vermächtnissen und die Problematik von Umdeutungen.....	91
I. Die bisher vorgeschlagenen Begrenzungsversuche.....	92
1. Drittbestimmungen im Vermächtnisrecht und die Auslegungsregel des § 2087 BGB.....	92
2. Drittbestimmungen im Vermächtnisrecht und allgemeine Grundsätze der Höchstpersönlichkeit.....	93
II. Eigene Ansicht.....	94

1. Die aus der gesetzlichen Regelungsabsicht folgende Beschränkung der Bestimmungsbefugnis im Vermächtnisrecht .....	95
2. Praktische Konsequenzen der neuen Argumentation .....	98
D. Gesamtergebnis .....	100

## *Kapitel 2*

<b>Die These der Unanwendbarkeit des § 2065 BGB auf die Regelung der Nacherbfolge durch den Vorerben</b>	101
A. Der Ausgangspunkt – die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die ihr folgende Literatur .....	102
I. Die Ermächtigung des Vorerben zur Neuregelung der Nacherbfolge – die beiden grundsätzlich möglichen Auslegungsweisen .....	102
II. Anknüpfungspunkte für ein rechtliches Verbot außerhalb des Grundsatzes der Selbstentscheidung .....	107
1. Die Vereinbarkeit mit § 2113 Abs. 2 BGB .....	107
2. Die Vereinbarkeit mit § 2302 BGB .....	108
III. Die Vereinbarkeit disponibler Nacherbschaften mit dem Grundsatz der Selbstentscheidung – Die Argumentation des Reichsgericht und der herrschenden Literatur .....	111
1. Disponible Nacherbfolgen und Anknüpfungspunkte für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstentscheidung .....	111
2. Das Scheinargument, der Vorerbe verfüge letztwillig über eigenes Vermögen .....	115
3. Die Begründung Raapes – der Vergleich zur Ausschlagung .....	116
4. Der Vorerbe als Dritter .....	124
5. Die Argumentation des Reichsgerichts und ihre Wiederbelebung durch Otte – das Aufschwingen zum Vollerben als Fall einer zulässigen Potestativbedingung .....	124
6. Die Ansicht Johannsens .....	132
7. Zusammenfassung .....	133
B. Die Koppelung der Nacherbschaft an die letztwillige Verfügung des Vorerben über dessen eigenes Vermögen .....	133
I. Der Ausgangspunkt – Das Abhängigmachen des Anfalles einer Nacherbfolge von einer Erbenberufung durch den Vorerben .....	134
1. Die Auffassung Leipolds .....	134
2. Die Ergänzung durch Frank .....	135

II. Die Gesamtproblematik – Die Frage nach der Zulässigkeit gekoppelter Nacherbfolgen unabhängig von der konkreten Gestaltungsform .....	136
1. Die Auffassung Leipolds und Franks zur Zulässigkeit der Nacherbenbestimmung durch eine Erbeinsetzung des Vorerben .....	136
2. Weitere Literaturstimmen .....	136
III. Stellungnahme .....	137
1. Der Einwand mangelnder Bestimmtheit .....	137
2. Die jederzeitige mögliche Vereinbarkeit mit § 2065 BGB .....	138
3. Zusammenfassung .....	140
C. Das Grundproblem – Die Reichweite des Grundsatzes der Selbstentscheidung bei Erbeinsetzung für spätere Generationen .....	141
I. Der Hinweis auf die Testierfreiheit .....	142
1. Die Argumentation Behrends' .....	142
2. Konsequenzen .....	142
3. Stellungnahme .....	143
II. Die These vom hinreichend geäußerten Erblasserwillen .....	144
1. Die Argumentation Flads und Loritz' .....	144
2. Gründe für diese Argumentation .....	144
3. Konsequenzen .....	145
4. Abschließende Stellungnahme .....	147
D. Gesamtergebnis zur Vereinbarkeit disponibler Nacherbschaften mit § 2065 BGB .....	148
I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse .....	148
II. Exkurs: Die Rechtslage bei gemeinschaftlichen Ehegattentestamenten .....	149
E. Gestaltungshinweise für die Praxis .....	151
F. Zur Umdeutung unwirksamer Anordnungen .....	153
I. Umdeutung in modifizierbare Vermächtnisse .....	153
II. Umdeutung in eine unbedingte Erbfolge/Nacherbfolge .....	154

Teil 4

**Schlußbetrachtung**

A. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts – der Versuch einer Begrenzung des § 2065 BGB nach formalen Kriterien .....	155
B. Das Gegenmodell in der Literatur – § 2065 BGB als Gebot zu "zumutbaren" eigenen Entscheidungen .....	157
C. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes .....	158



D. Der eigene Standpunkt .....	159
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	161
<b>Anhang</b> .....	168
Die einschlägigen Regelungen des ersten und des zweiten Entwurfes .....	168
A. Allgemeine Vorschriften und Regelungen für Vermächnisse .....	168
B. Regelungen für Auflagen .....	171
C. Regelungen für die Anordnung einer Testamentsvollstreckung .....	172
D. Regelungen für Teilungsanordnungen .....	173
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	174

## Teil 1

# Einführung in die Problematik

### A. Der Grundsatz der Selbstentscheidung bei Errichtung letztwilliger Verfügungen im Überblick

Das Fünfte Buch des BGB regelt in seinem Dritten Abschnitt Möglichkeiten und Grenzen testamentarischer Erbeinsetzungen. Der erste Titel enthält hierzu allgemeine Vorschriften. Wer sich mit der Lektüre der einzelnen Normen befaßt, mag vielleicht enttäuscht sein, dort nirgends eine gesetzliche Niederlegung der Testierfreiheit zu finden. Die Geltung dieses Prinzips, Coing bezeichnet es als die erbrechtliche Ausprägung der Privatautonomie<sup>1</sup>, war den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches offensichtlich derart selbstverständlich, daß sie auf eine programmatische Wiedergabe verzichtet hatten<sup>2</sup>.

Statt dessen offenbaren sich dem Leser in den §§ 2064 und 2065 BGB gleich zu Beginn des ersten Titels des Dritten Abschnittes zwei gesetzliche Verbote, die diese stillschweigend vorausgesetzte Testierfreiheit begrenzen.

§ 2064 BGB bestimmt als Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit testamentarischer Erbeinsetzungen, daß der Erblasser sein Testament selbst errichten muß, er sich hierbei nicht von einem Dritten vertreten lassen kann<sup>3</sup>.

§ 2065 BGB enthält das Gebot der materiellen Höchstpersönlichkeit. Nach § 2065 Abs. 1 BGB ist es dem Erblasser nicht gestattet, die Bestimmung über

---

<sup>1</sup> Kipp/Coing, § 1 II 3.

<sup>2</sup> In § 2302 BGB erklärt das Gesetz jedoch, daß es die Testierfreiheit des einzelnen für derart schützenswert erachtet, daß es nicht möglich ist, sich durch einen Vertrag zu verpflichten, Verfügungen von Todes wegen zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben.

<sup>3</sup> § 2274 BGB enthält eine entsprechende Norm für den Erbvertrag (hierzu und über den Umstand, daß auch die §§ 2282, 2284, 2290 Abs. 2 und 2296 BGB der Höchstpersönlichkeit Rechnung tragen, Münchener Kommentar-Musielak, § 2274 RdNr. 1), § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB eine für den Erbverzicht.

die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung<sup>4</sup> einem Dritten zu überlassen. § 2065 Abs. 2 BGB untersagt es ihm, Gegenstand oder Person einer Zuwendung durch einen Dritten festzulegen<sup>5</sup>.

Die beiden Bestimmungen sind dem ersten Anschein nach klar und eindeutig. Das Gesetz will offenbar bewirken, daß der Erblasser selbst die Verantwortung für den Inhalt seiner testamentarischen Regelungen trägt: Nach § 2064 BGB muß er, ähnlich wie bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften<sup>6</sup>, eigenhändig und damit letztverantwortlich handeln. Nach § 2065 BGB kann er dieses Gebot auch nicht dadurch umgehen, daß er zwar formell eigenhändig seine letztwillige Verfügung niederlegt, einen anderen aber über den konkreten Inhalt bestimmen läßt.

Diese anfängliche Klarheit schwindet aber bei einem weiteren Studium des Gesetzestextes. In einer Vielzahl von Einzelvorschriften wird nämlich bestimmt, daß bei vermächtnisweisen Zuwendungen, bei Auflagen, Teilungsanordnungen und bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung die Entscheidung eines Dritten zulässig ist. Beispielhaft sei hier nur auf die Bestimmung des § 2151 Abs. 1 BGB hingewiesen. Danach gilt:

"Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll."

Die Statuierung des Gebotes der Selbstentscheidung wird damit nicht einheitlich durchgehalten. Dies wirkt inkonsequent<sup>7</sup>. Man muß jedenfalls bezweifeln, ob in den §§ 2064, 2065 BGB wirklich ein tragendes Prinzip des Erbrechts verwirklicht wurde, wie es aufgrund der systematischen Stellung der Normen gleich zu Anfang der Vorschriften über das Testament zunächst einmal zu vermuten war<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Der Begriff der letztwilligen Verfügung hat zwei unterschiedliche Bedeutungen. Entsprechend der in § 1937 BGB enthaltenen Definition bezeichnet man so zunächst einmal das Testament selbst. Aus den §§ 2278 Abs. 1, 2299 BGB ergibt sich, daß man darunter aber auch die einzelne in einem Testament oder einem Erbvertrag enthaltene Anordnung versteht. Vgl. hierzu Palandt-Edenhofer, § 1937 RdNr. 1.

<sup>5</sup> § 2065 BGB gilt nach § 2299 Abs. 2 BGB bei Erbverträgen für einseitige Verfügungen direkt, nach § 2279 Abs. 1 BGB ist er auf vertragsmäßige Verfügungen entsprechend anwendbar.

<sup>6</sup> Auf diese Parallele weist Großfeld, JZ 1968, S. 113, 118, hin.

<sup>7</sup> Nach Zimmermann, Quos Titius Voluerit, S. 8, ergibt sich gar "ein Bild voller Merkwürdigkeiten".

<sup>8</sup> So Westermann, Festschrift für Möhring, S. 183, 195.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man sich die Frage stellt, was das Gesetz mit diesen Regelungen überhaupt sachlich bezweckt. Unklar ist zunächst einmal der vom Gesetz eingenommene Ausgangspunkt, wonach anders als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden eine der Stellvertretung entsprechende Einschaltung Dritter verwehrt sein soll. Was einmal als konsequente Umsetzung der Privatautonomie<sup>9</sup> erlaubt ist, kann doch nicht ohne weiteres das andere Mal verboten sein. Wenn es nun aber doch Gründe für ein derartiges Verbot geben sollte, so bleibt erst recht unklar, warum dieses dann wieder gelockert wird.

## **B. Grundprobleme und praktische Konsequenzen einer dem Anschein nach gesetzgeberischen Unentschlossenheit**

Diese anscheinend unklare gesetzliche Umsetzung und Ausgestaltung der Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen wirft eine Vielzahl von Einzelprobleme auf. Letztendlich lassen sich die wichtigsten Probleme jedoch auf zwei Grundfragen reduzieren.

### **I. Wortlautinterpretation oder wechselseitige Angleichung**

Bis heute herrscht Streit, ob der sich aus dem Gesetzeswortlaut der §§ 2064, 2065 BGB einerseits und der vielfältigen hierzu im Gesetz enthaltenen Ausnahmeregelungen andererseits ergebende diametral entgegengesetzte Regelungsgehalt auch der Sache nach besteht, oder ob sich die Verbote und Befugnisnormen der wörtlichen Auslegung zum Trotz gegenseitig beeinflussen. Es ist mit anderen Worten zu klären, ob es hinzunehmen ist, daß das Gesetz bei wörtlicher Interpretation die Einschaltung Dritter nur dann erlaubt, wenn davon andere letztwillige Verfügungen als Erbeinsetzungen betroffen sind, oder ob man angesichts der Tatsache, daß es bei der erbrechtlichen Universal-sukzession einerseits und den sonstigen erbrechtlichen Anordnungen andererseits jeweils um die Zuwendung von Vermögen geht, die beiden entgegengesetzten Rechtsfolgen einander angleichen sollte. Dies soll an den folgenden drei klassischen Problemstellungen verdeutlicht werden.

---

<sup>9</sup> Die Ableitung der Stellvertretung aus der Privatautonomie beschreiben Flume, Rechtsgeschäft, § 43, 3, und Larenz, Allgemeiner Teil, § 30 I a.